

Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 10 • Agosto 2016





El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del Derecho penal tributario y de la Seguridad Social



Juan Carlos Ferré Olivé

Universidad de Huelva

RESUMEN: Este artículo analiza las peculiaridades que presenta la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho penal tributario, sobre la base de las reformas operadas entre 2010 y 2015 en la legislación española. Se estudia detenidamente el modelo implementado para responsabilizar a las personas jurídicas y el debate abierto sobre la ubicación sistemática del defecto de organización, como elemento del tipo o como elemento de la culpabilidad.

PALABRAS CLAVE: Actuar por otro, responsabilidad penal de las personas jurídicas, delito fiscal, delito contra la Seguridad Social, compliance programs.

ABSTRACT: This article analyzes the peculiarities that presents the application of criminal liability of legal persons in the field of tax criminal law, on the basis of the reforms that operated between 2010 and 2015 in Spanish law. The implemented model is carefully studied in order to make legal persons responsible and the open debate on the systematic location of the defect of organization, as an element of the type or as an element of guilt.

KEY WORDS: Act by another, responsibility criminal of the people legal, crime tax, crime against the Security Social, compliance programs.

SUMARIO: 1. Aproximación. 2. La responsabilidad penal del representante (actuar por otro). 3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 4. Bibliografía.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

1. Aproximación

Dos instituciones alcanzan especial relevancia para el Derecho penal económico y de la empresa: el actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de mecanismos de imputación penal que si bien en algunos casos pueden ser de aplicación a personas físicas (actuar por otro) poseen un espacio de mayor trascendencia práctica que se centra en la actuación de los administradores de hecho y de Derecho en el ámbito de las personas jurídicas. Se trata de dos respuestas jurídicas perfectamente compatibles entre sí, pues, aunque en ocasiones están relacionadas, en realidad responden a situaciones diversas y autónomas: la determinación del destinatario de la norma penal en delitos especiales y la consecuente imposición de penas a las personas físicas que intervienen en su nombre (actuar por otro) y la consideración de los entes jurídicos como auténticos sujetos llamados a cumplir la ley penal y la aplicación, en su caso, de sanciones penales directas (responsabilidad penal de las personas jurídicas).¹

Adviértase que estas figuras no se aplican necesariamente a los mismos delitos, pues el actuar por otro se impone a cualquier delito que requiera “condiciones, cualidades o relaciones” para poder ser sujeto activo (art. 31 CP), mientras que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se aplica al catálogo cerrado de “supuestos previstos en este Código” (art. 31 bis CP). Sin embargo, están presentes en la mayor parte de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

La aparición de la persona jurídica en el ámbito penal se ha extendido en los últimos años fuera del espacio propio del mundo anglosajón, donde ya gozaba de una larga tradición, abarcando ahora prácticamente la totalidad de Europa y del resto del mundo. Los motivos de este cambio pueden encontrarse en la globalización y la unificación internacional de normas jurídicas que han pasado de regular aspectos puntuales de la economía a definir los requisitos específicos

en materia penal en ámbitos muy concretos: blanqueo de dinero, corrupción, fraude fiscal, etcétera. Esta situación lleva a replantear los instrumentos tradicionales de la teoría del delito, advirtiendo que los nuevos espacios punibles no son comparables a los ya existentes, pues estos delitos se cometen por lo común en el marco de un grupo organizado de personas, donde actúa directamente un sujeto que en ocasiones no ha tomado *per se* la decisión delictiva, sino que obedece a criterios que ha adoptado un complejo entramado que crea la propia organización, y en los que la conducta típica aparece fraccionada entre varias personas, llegándose a lo que se conoce como una auténtica y no deseable *irresponsabilidad organizada*.² De allí la necesidad de consagrar responsabilidades penales para las personas jurídicas.

En España, la reciente Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado “sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015” ha marcado las líneas de la acusación penal en esta materia, con especial incidencia en relación con el *compliance*, generando múltiples opiniones que inciden en la responsabilidad penal de las personas jurídicas en general, y lógicamente poseen gran trascendencia en el ámbito penal tributario. Estas directrices han avivado el debate académico con enormes consecuencias prácticas, ya que las empresas se plantean seriamente cuáles deben ser sus líneas de *actuación diligente* para prevenir e impedir la comisión de delitos por los que puedan ser directamente responsabilizadas. Y generan incógnitas de gran magnitud, como determinar a quién le incumbe la carga de la prueba en materia del *compliance*. Profundizando el debate, la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, ha entrado de lleno en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sentando importantes bases jurisprudenciales que deberían contribuir a clarificar esta materia, lo que en realidad no ha acontecido hasta el momento.

¹ Cfr. Gil Nobajas, M.S., “El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código Penal”, *Revista Penal* 31, 2013, pp. 107 y ss. La caracterización de la persona jurídica como destinataria directa de la norma es mucho más sencilla si se asume una teoría de las normas basada en expectativas normativas que pueden ser defraudadas no sólo por personas físicas sino también por organizaciones.

² Cfr. Silva Sánchez, J.M., “Fundamentos del Derecho penal de la empresa”, Madrid, 2013, pp. 7 y 249.

2. La responsabilidad penal del representante (actuar por otro)

2.1. Figura ligada al Derecho penal tributario

Ha sido históricamente objeto de debate el deslinde de responsabilidades penales cuando el obligado tributario (persona física o jurídica) no gestiona directamente sus impuestos, sino que lo hace un representante no cualificado, es decir, un sujeto sobre quien no pesan directamente los concretos deberes tributarios materiales y formales, que siguen recayendo en el representado. Desde la aparición del delito de defraudación tributaria en plena transición democrática y a través de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal de 1977 se estableció una primitiva fórmula de actuar en nombre de una persona jurídica, figura específicamente creada para el delito fiscal (art. 319.3 CP). Sin embargo, dicha fórmula, la más general introducida en 1983 (art. 15 bis CP —ya aplicable a todos los delitos especiales—), y la que sustenta el Código Penal actual (art. 31 CP), no resuelven con claridad suficiente algunas situaciones polémicas como la aparición de testaferros empresariales que pueden conducir a la impunidad de todos los intervinientes por tratarse de delitos especiales propios.

Los representantes de personas físicas (p. ej., de un menor o discapacitado) y en el caso de las empresas sus administradores de hecho o de Derecho pueden responder como autores de un delito de defraudación tributaria con base en la fórmula del actuar por otro (art. 31 CP), que precisamente se ha establecido para sancionar a aquel que actúa en nombre de otro sin estar cualificado, tratándose de delitos especiales. Justamente, los delitos especiales se construyen por el legislador sobre la base de identificar sujetos que se encuentran en mejor disposición para afectar al bien jurídico, como funcionarios públicos, autoridades judiciales, obligados tributarios, etc. Este direccionamiento genera en ocasiones lagunas de punibilidad no deseadas, que requieren una fórmula de cierre como la aquí analizada para evitar la impunidad de quienes realizan personalmente las conductas descritas en el tipo penal correspondiente sin ser —a primera vista— los destinatarios directos de la norma.

En este supuesto, las cualidades requeridas —por ejemplo, que pese sobre el sujeto un deber de naturaleza tributaria o previsional— no concurren en el representante, sino en el representado.

Dice el artículo 31 CP: “El que actúe como administrador de hecho o de Derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

Este precepto permite extender la responsabilidad penal a sujetos no cualificados que obran en nombre de otro, disociando los elementos objetivos del tipo entre el representado cualificado y su representante, que se convierte en el auténtico destinatario de la norma y consecuentemente en sujeto activo del delito.³ En estos supuestos, el representante asume también una particular posición de garante respecto del bien jurídico. En cualquier caso, dicho representante debe realizar efectivamente la conducta descrita en el tipo penal, sus componentes objetivos y subjetivos, sin que pueda considerarse un resurgimiento de la responsabilidad objetiva.⁴

Ha dicho el Tribunal Constitucional, en STC 253/1993, de 20 de julio (TOL82.274) en relación con la actuación en nombre de otro que:

Su incorporación al Código Penal, en efecto, no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto. Lo que el mismo persigue, por el contrario, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la

³ Cfr. Gil Nobajas, M.S., “El actuar en lugar de otro”, *op. cit.*, p. 102.

⁴ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I., y Ferré Olivé, J.C., *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, 1994, pp. 21 y ss. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 4ª ed., Valencia, 2014, p. 550.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

presencia de ciertas características, éstas únicamente concurrirían en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes.

Aunque, como vemos en la actualidad, la figura del actuar por otro se aplica a la representación legal o voluntaria de personas físicas y jurídicas, su espacio de mayor impacto se encuentra en la actuación del representante de personas jurídicas en delitos económicos, fundamentalmente los administradores de hecho y de Derecho. El *administrador de derecho* debe desempeñar sus tareas conforme a las disposiciones legales que regulan ese tipo de administración. Por lo tanto, cuando accede formalmente a sus responsabilidades —con el nombramiento— puede considerarse que se le ha trasladado el deber específico. A partir de ese instante se convierte en destinatario directo de la norma penal: sobre él pesan los deberes tributarios y la prohibición de crear o incrementar el riesgo hacia el bien jurídico Hacienda Pública o Seguridad Social.

Existen supuestos complejos, que han despertado el interés de doctrina y jurisprudencia. El más llamativo es el caso del administrador de Derecho que ejerce su papel actuando como mero *testaferro*, cuando el dominio de la situación social lo mantienen otro u otros. Estos supuestos suelen llegar a los Tribunales cuando existe confusión entre el patrimonio de un individuo y el de una sociedad instrumental, creada como pantalla para eludir responsabilidades, en este caso tributarias. Pueden darse dos situaciones, descritas por la doctrina:⁵

- El administrador de Derecho, testaferro o no, actúa con conocimiento y conciencia de la situación. En este caso será autor directo del hecho, y el resto de intervinientes (incluyendo en su caso al administrador de hecho) serán sólo partícipes.
- El administrador de Derecho actúa con desconocimiento de la situación, en una situación de error.

Al no existir el delito de defraudación tributaria imprudente, su error vencible o invencible le llevará en cualquier caso a la impunidad: art. 14 CP. Y en virtud del principio de accesoriedad de la participación, todos los intervinientes quedarán impunes. Para supuestos como éste, y procurando evitar la impunidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recurrido reiteradamente a la teoría *iusprivatista* del “levantamiento del velo” u otros planteamientos que pueden ser considerados como la aplicación de analogía *contra reo*.⁶ Para resolver este problema la doctrina apunta la posibilidad de admitir la coexistencia de un administrador de Derecho (testaferro) que no respondería penamente por su situación de error, y un administrador de hecho, el administrador fáctico con dominio social encuadrable en los términos del art. 31 CP.⁷

La figura del *administrador de hecho* genera problemas interpretativos, pues se basa en una situación fáctica, y afecta a aquel que ejerce materialmente el dominio social: se trata de una actuación sin vínculo representativo. Sin embargo, esta hipótesis se considera excepcional y no generalizable, pues cabe fundamentar el traslado de los deberes en muy pocas hipótesis, mucho más en una materia tan profusamente regulada por la ley como es la de la responsabilidad en el ámbito tributario y de la Seguridad Social. La doctrina señala a los administradores con nombramiento defectuoso y al que actúa ante la inexistencia de un administrador de Derecho y con consentimiento de los socios.⁸ También debería considerarse a aquel que actúa con dominio social prevaliéndose del error de un testaferro (autoría mediata).

También se convierten en sujetos penalmente responsables aquellos que voluntariamente asumen tareas de representación de un deudor tributario persona física, y los representantes legalmente obligados de personas incapaces desde el punto de vista tributario.

⁵ Cfr. García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, pp. 199 y ss.

⁶ Sobre esta problemática, vid. Silva Sánchez, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005, pp. 22 y ss. Cfr. también Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, op. cit., pp. 547 y ss. El mismo, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Valencia, 2015, p. 645.

⁷ Cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte Especial*, op. cit., p. 646. Este autor sostiene otra solución, la de castigar al *extraneus* como partícipe de la conducta del testaferro, basándose en el criterio de la accesoriedad mínima objetiva. Sin embargo, como no sustentamos este criterio de accesoriedad mínima en la participación sino el de *accesoriedad limitada* (el más extendido en la doctrina actual) la solución debe ser distinta. Al no existir un hecho principal típico cometido por el propio testaferro que permita sancionar al administrador de hecho como partícipe, éste tampoco podría ser declarado penalmente responsable.

⁸ Cfr. Silva Sánchez, J., *El nuevo escenario...*, op. cit., p. 67; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal económico. Parte General*, op. cit., p. 560.

2.2. ¿“Levantamiento del velo” de la persona jurídica?

La figura del “levantamiento del velo” resuelve problemas probatorios en ámbitos civiles y mercantiles. La limitación de responsabilidad sobre la que se estructuran los entes societarios puede conducir a abusos y fraudes, aprovechando la separación de patrimonios que se materializa. El mal uso de la fachada societaria habilita al juzgador a descorrer el velo e imputar toda la responsabilidad patrimonial a quien haya burlado la ley. Esta teoría fue trasladada al Derecho penal por el Tribunal Supremo, fundamentalmente ante situaciones que se presentaban antes de la regulación del actuar por otro que estableció el Código Penal en 1995.

Concretamente se trataba de la utilización de sociedades de distinto tipo para dar cobertura tributaria a un fraude fiscal. Con ayuda de estas personas jurídicas se ocultaban los tributos, haciendo ilusoria su percepción por parte de la Administración. Podían ser entes jurídicos con actividad real, aunque instrumentalizados para el fraude (sociedades aparentes), o empresas inexistentes (sociedades ficticias) que también perseguían un fin fraudulento.

La doctrina del levantamiento del velo considera que en algunos de estos casos no existe separación de patrimonios, por lo que las ventajas obtenidas por la utilización de esta fórmula hacen recaer las responsabilidades penales directamente en la persona física que ha orquestado la trama. Es decir, se afirma la existencia de un patrimonio único y no dual, ya que existe un abuso de la personalidad jurídica para ocultar ante Hacienda la condición de deudor tributario. Tratándose de un delito especial propio y no siendo la persona física el obligado tributario, puede entenderse que esta solución hace recaer la responsabilidad penal en un *extraneus* y por lo tanto puede llegar a ser cuestionada desde la perspectiva del principio de legalidad penal.⁹

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo 20-5-96 (TOL 73463) FJ 7:

La impugnación de la “teoría del levantamiento del velo”, por otra parte, no puede ser compartida por la Sala. En efecto, esta teoría no establece nada respecto de la prueba; su función es la de establecer qué hechos son relevantes para comprobar la tipicidad y en este sentido viene a sostener que las formas del derecho de sociedades, de las que se valga el autor, no son decisivas y que la significación típica de las acciones individuales no puede ser neutralizada por ellas. Por lo tanto, no estamos en presencia de un juicio de valor que reemplace la prueba de los hechos, como sostiene la Defensa, sino de un criterio de verificación de la tipicidad. Por tales razones el “levantamiento del velo” no roza siquiera el problema de la presunción de inocencia, en contra de lo postulado por la Defensa.

En la actualidad se ha generalizando el empleo de esta doctrina del levantamiento del velo para facilitar la persecución penal de las llamadas *sociedades de pantalla*, es decir, las que carecen de actividad, organización e infraestructuras. Esta solución es defendida por parte de la doctrina, por la Fiscalía General del Estado y por el Tribunal Supremo.¹⁰ Estas sociedades de pantalla encuentran su definición en el propio Código, pues se trata de una persona jurídica que “se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal” (art. 66 bis 2ª b CP).

La incorporación de la figura del “administrador de hecho” de una persona jurídica en el art. 31 CP (actuar por otro), esto es, de un sujeto que ejerce fácticamente el dominio social, añade otra opción interpretativa a la tesis del levantamiento del velo con mayores garantías, al menos cuando se trata de delitos especiales. Como subraya Silva Sánchez, quien

⁹ Cfr. Silva Sánchez, J., *El nuevo escenario...*, op. cit., p. 27.

¹⁰ Defiende esta tesis jurisprudencial en la doctrina Bacigalupo Saggese, S., “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013, p. 76; vid. al respecto Silva Sánchez, *El nuevo escenario...*, op. cit., pp. 22 y ss. Cfr. también Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, op. cit., pp. 548 y ss. y p. 645. En la misma dirección la Fiscalía General del Estado considera que no es siquiera necesario imputar a la persona jurídica cuando se esté ante sociedades de pantalla o de fachada, que se utilizan como herramienta del delito o para dificultar la investigación. En este caso, tras el “levantamiento del velo” las actuaciones se dirigen directamente contra la persona física. Cfr. Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la LO 5/2010. En cuanto al TS, véase la STS 154/2016.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

se aprovecha ilícitamente de una forma societaria y el administrador de hecho son figuras que desde una perspectiva fáctica están vinculadas, aunque el administrador de hecho abarcará muchos más supuestos que los contemplados por la doctrina del levantamiento del velo.¹¹ Debo reiterar, sin embargo, que la figura del administrador de hecho no tiene gran repercusión práctica en una materia tan profusamente regulada por la ley como es la de los delitos tributarios y previsionales.

3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

3.1. Presupuestos

El art. 310 bis CP establece sanciones penales para las personas jurídicas que cometan delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en consonancia con los arts. 31 bis y siguientes del CP. Es bastante frecuente que la defraudación tributaria, el delito contable, el fraude de subvenciones o el fraude a la Seguridad Social se concreten en el marco de una persona jurídica. Ante estas situaciones, y tratándose generalmente de delitos especiales propios, la persona jurídica es la única que puede ser autora del delito. Sin embargo, y justamente por tratarse de delitos especiales, la responsabilidad penal debe quedar suficientemente acreditada en otra persona (física o eventualmente jurídica) que haya actuado en nombre de la persona jurídica con base en el art. 31 CP, bajo la figura del administrador de hecho o de Derecho. La posible sanción penal aplicable al que interviene en nombre de otro no colma las necesidades preventivas de pena.

Así lo ha entendido nuestro legislador a partir de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, y su modificación por la LO 1/2015, normas que regulan en nuestro Derecho la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Podemos considerar en gran medida superado el debate referido a la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, porque es una realidad legal evidente.¹² Corresponde, eso sí, delimitar el ámbito de aplicación y las peculiaridades que presenta este tipo de responsabilidad, que se estructura en torno a políticas de buen gobierno corporativo y a la autorregulación.¹³ Por otra parte, debemos destacar que el Derecho penal aplicable a las personas jurídicas se desarrolla sobre bases distintas a las del Derecho penal dedicado a las personas físicas y por lo tanto no rigen de la misma forma los principios y requisitos que se establecen por el Derecho penal tradicional,¹⁴ aunque esto no supone que las garantías constitucionales en materia penal y procesal resulten desatendidas.

La nueva regulación permite la sanción penal para la persona jurídica y para la persona que ha actuado en su nombre. La responsabilidad penal de la persona jurídica exige que el delito haya sido cometido en nombre o por cuenta de la misma. En consecuencia, tratándose de delitos especiales se requiere coordinar este precepto con el art. 31 CP del actuar por otro, que permitirá la sanción individual del representante a la vez que habilita la sanción penal de la persona jurídica. Sin embargo, no cabe la hipótesis inversa de sancionar a la persona jurídica como autora directa del delito y al representante que actúa en su nombre como mero cooperador necesario, ya que existe una responsabilidad concurrente a título de autoría.¹⁵

¹¹ Cfr. Silva Sánchez, J., *El nuevo escenario...*, op. cit., p. 27.

¹² No podemos negar, sin embargo, la presencia aislada de voces críticas pero al mismo tiempo solventes y razonadas. Es el caso de González Rus, autor que considera que “ninguna de las razones que se esgrimieron para considerar imprescindible el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas justificaba verdaderamente tal medida”. Considera incierta la imposición “por Europa”, dudas que también se aprecian por parte de la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, que no encuentra tratados ni normas internacionales que obliguen a España a incorporar este tipo de responsabilidad, considerando que siguen abiertas otras opciones, como sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras alternativas a la penal (p. 2). En definitiva, González Rus no ve la necesidad político criminal de esta solución en “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014, p. 40. En la misma línea se manifiesta Palma Herrera, J.M., “El papel de los Compliance en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados...*, op. cit., pp. 157 y ss.

¹³ Cfr. Feijoo Sánchez, B.J., “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, en Bajo Fernández, M., et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012, p. 52.

¹⁴ Cfr. Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Valencia, 2015, p. 681.

¹⁵ Cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, op. cit., p. 547. Cfr. también Gil Nobajas, M.S., *El actuar en lugar de otro...*, op. cit., p. 109.

Para estructurar este tipo de responsabilidad penal se exige como requisitos que *un miembro, representante o persona autorizada* dentro de la empresa haya cometido un *hecho delictivo*, dentro del *marco propio de las actividades empresariales* y buscando *beneficios o ventajas para la entidad*.¹⁶ Es fundamental que se trate de una persona jurídica y no de otras entidades sin personalidad jurídica, cuya responsabilidad se regula en el contexto de las *consecuencias accesorias* del art. 129 CP.

La responsabilidad penal va dirigida a las personas jurídicas de Derecho privado (civiles y mercantiles) excluyéndose al Estado y otras personas jurídicas de Derecho público,¹⁷ salvo las sociedades mercantiles públicas que actúan en el ámbito económico. La doctrina había criticado la impunidad penal de estas sociedades, consagrada por la LO 5/2010.¹⁸ Es evidente que estas entidades pueden cometer delitos propios del Derecho penal tributario. Con la regulación renovada que impone la LO 1/2015 estas entidades pueden ser condenadas penalmente, aunque con base en un catálogo limitado de penas: multa e intervención judicial, salvo que se aprecie judicialmente que se han creado *con el propósito* de eludir responsabilidades penales, en cuyo caso serán de aplicación todas las sanciones penales previstas en el apartado 7 del art. 33 CP.

Es importante reiterar que las personas jurídicas gozan de los mismos derechos y garantías procesales reconocidos por el Ordenamiento para las personas físicas, conforme lo ha establecido la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29-2-2016:

De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presun-

ción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etcétera, sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta.

3.2. Los modelos de imputación

Para aclarar el modelo de imputación que rige en nuestro Derecho, es necesario advertir que cada Código consagra la responsabilidad penal de la persona jurídica mediante una estructura propia y original. Existen dos grandes modelos teóricos básicos en el plano internacional: el sistema de responsabilidad vicarial y el sistema directo de culpabilidad de la empresa, aunque pueden darse entre ellos muchas combinaciones y matices. En todo caso, es fundamentalmente el tema más polémico y de mayor importancia para quienes desde una perspectiva más clásica del Derecho penal cuestionan la adaptación de la responsabilidad de las personas jurídicas a la órbita estrictamente punitiva.¹⁹

a) Modelo de *responsabilidad vicarial* o de responsabilidad *objetiva* de la empresa (responsabilidad por atribución).²⁰ Posee un gran paralelismo con las responsabilidades civiles, y es el sistema vigente en distintos países como Reino Unido o Francia (*vicarious liability*). Una vez que se comprueba que en una sociedad o persona jurídica se ha cometido un delito, siempre que lo materialice un miembro de la empresa actuando dentro del marco propio de las actividades empresariales y buscando beneficios o ventajas para

¹⁶ El que actúa debe hacerlo dentro del *marco propio de actividades* de la empresa. Excluye todo hecho delictivo en el que esté implicado un directivo o trabajador a título particular. Debe haber un hecho de conexión, una relación entre el ilícito cometido por el individuo y las actividades propias de la entidad. Analizaremos a continuación algunos elementos esenciales en la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de la reforma operada por la LO 1/2015, en la medida que puedan tener relevancia para el Derecho penal tributario. Se tratarán sólo secundariamente las importantísimas cuestiones procesales, para las que remito a Del Moral García, A., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013, pp. 229 y ss.¹⁷ La exclusión de responsabilidad penal también alcanza a las fundaciones públicas, estatales y autonómicas porque su actividad está limitada a las funciones propias de las entidades públicas que las crean, siendo particulares formas de gestión de los intereses generales. Así lo sostiene con acierto la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

¹⁸ Cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, op. cit., p. 596.

¹⁹ Sobre esta problemática muy ampliamente Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, *passim*. Sobre los modelos tradicionales, cfr. Pérez Machío, A.I., “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013, pp. 21 y ss.

²⁰ Cfr. el punto de vista de Palma Herrera, J.M., *El papel de los compliance...*, op. cit., pp. 185 y ss.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

la entidad, parte de la responsabilidad será *transferida* a la empresa, de tal forma que se sancionará tanto al individuo que ha realizado el hecho como a la propia persona jurídica. Existe plena dependencia del hecho cometido por la persona física. En consecuencia:

- El autor material e individual debe responder penalmente con los criterios objetivos y subjetivos de imputación tradicionales. Es fundamental destacar que si no se constata la responsabilidad individual, *incluida su declaración de culpabilidad*, no puede haber responsabilidad penal de la persona jurídica.

- La persona jurídica responde penalmente sobre la base de una responsabilidad *objetiva*, es decir, no se exige ningún grado de “culpabilidad de la empresa”. Las consecuencias de la conducta del individuo se imputan a la empresa, sin que sea admisible la prueba que aporte la entidad, de haber desarrollado convenientemente los controles empresariales internos para evitar el delito. Este mecanismo de trasladar a la empresa una responsabilidad penal de manera objetiva ha sido cuestionado, aduciendo una violación al principio de culpabilidad. La persona jurídica terminaría respondiendo por un hecho ajeno y no por el hecho propio. La tesis contraria, que no ve inconvenientes en mantener este tipo de responsabilidad, considera que las bases de la culpabilidad de la persona jurídica *son distintas* a las de las personas físicas y que, por lo tanto, no resulta afectado el mencionado principio por la transferencia de culpabilidad, siempre que se respete el derecho de defensa.

b) Modelo directo de *culpabilidad de la empresa* o de autorresponsabilidad. Son los planteamientos más modernos, que no estructuran la responsabilidad trasladando la culpabilidad individual de la persona física que ha actuado hacia el ente jurídico, sino que se fundamentan sobre la base de una culpabilidad propia. Desde esta perspectiva destaca la teoría de Klaus Tiedemann, quien basa la culpabilidad en un *defecto de organización* (*Organisationsverschulden*) de la persona jurídica, en el sentido de una responsabilidad social.²¹ Se caracteriza por atenuar o eximir de respon-

sabilidad penal a la empresa si corrige esos defectos de organización, que se dará cuando adopta programas de organización y gestión (*compliance programs*) que eviten la comisión de delitos en el futuro.

c) No es fácil definir el modelo actualmente vigente en el Derecho penal español. En este contexto, ¿cuál es el sistema de responsabilidad que impone el Código Penal en los arts. 31 bis y siguientes? Esta cuestión viene siendo objeto de un amplio debate doctrinal desde la incorporación de este tipo de responsabilidades penales para personas jurídicas por la LO 5/2010, de 22 de junio.²² Así, un importante sector doctrinal ha venido viendo en esta regulación un modelo de responsabilidad vicarial con base en la idea de transferencia de responsabilidad y por lo tanto de responsabilidad objetiva de la empresa.²³ En esa línea, en la reciente Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado se insiste en considerar que estamos ante “un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia de tipo vicarial”.

Sin embargo, los cambios efectuados en la regulación del Código Penal por la LO 1/2015 van dirigidos a excluir la caracterización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como manifestación del modelo vicarial (así se manifiesta expresamente en la Exposición de Motivos de la mencionada Ley Orgánica) y por lo tanto procuran consagrar un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica.

Podemos afirmar que no estamos ante un modelo puro, ya que la nueva regulación contiene elementos de ambos sistemas. Esta solución guarda coherencia con la pluralidad de modelos que existen en el plano internacional, donde se presentan distintas soluciones para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La originalidad del sistema español está dando pie a grandes debates doctrinales y jurisprudenciales, que intentan perfilar las características de este nuevo mecanismo de imputación penal. En todo caso, y como punto de partida, nos sumamos al sector que defiende el desarrollo de una teoría del delito peculiar y paralela a la que existe para las personas físicas, de

²¹ Cfr. Tiedemann, K., “Die Bebüßung von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *NJW* 41, 1988, pp. 1169 y ss. Sobre la caracterización que hace Tiedemann de la responsabilidad de la empresa, cfr. *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993, pp. 232 y ss.

²² Sobre este debate, cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, op. cit., pp. 557 y ss.

²³ Cfr. González Cussac, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: art. 31 bis, ter, quáter y quinquies”, en AA.VV., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (González Cussac, dir.), Valencia, 2015, quien sigue considerando que la regulación actual consagra un modelo vicarial, p. 162. Cfr. también Palma Herrera, J.M., *El papel de los compliance...*, op. cit., p. 158 y ss.

aplicación exclusiva a las personas jurídicas (teoría específica de imputación jurídico-penal de las personas jurídicas).²⁴ Y es tarea de todos contribuir a su construcción.

Considero que el modelo consagrado es de naturaleza mixta, porque no logra apartarse del todo del modelo vicarial, fundamentalmente cuando se trata de delitos cometidos por representantes legales y administradores en los que sigue vivo el criterio de la *atribución* a partir de un *hecho de conexión*, que será el supuesto más frecuente en Derecho penal tributario.²⁵ Sin embargo, no puede hablarse de responsabilidad objetiva de la empresa, ya que en nuestro Derecho es inadmisibles la responsabilidad penal por un hecho ajeno. Así, la base de la responsabilidad debe también buscarse en el defecto de organización. En otros términos, debe distinguirse el presupuesto de la responsabilidad (un delito cometido por representantes legales y administradores, unido por vínculos de conexión) del fundamento de la responsabilidad, en el que prevalecen los elementos que permiten basar la responsabilidad penal en la culpabilidad de la empresa, es decir, en un modelo de autorresponsabilidad.²⁶

Pero también puede afirmarse que esta fundamentación no afecta únicamente a la culpabilidad sino a toda la infracción penal. Siguiendo a De la Cuesta, considero que el defecto de organización se convierte en un elemento clave del injusto de la persona jurídica, junto al incremento de riesgo, que permiten la exclusión de resultados imprevisibles o inevitables.²⁷

E incluso afirmar, como defiende Silva Sánchez, que “el *compliance program* conforma un marco de riesgo permitido para la persona jurídica”.²⁸

Debemos destacar la doctrina que sobre estas cuestiones ha defendido el sector mayoritario del Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia 154/2016, que construye la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre dos ejes: la previa comprobación de la comisión de un delito por parte de una persona física en el contexto trazado por la ley, y en las medidas de control que prevengan e intenten evitar la comisión de delitos por los integrantes de la organización. El fallo del Pleno del Tribunal entiende que el modelo de organización empresarial requerido no supone una mera cuestión de culpabilidad, sino que integra el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016:

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal [...], ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados

²⁴ Esta teoría propugna que la responsabilidad penal de la persona jurídica se base en su propio injusto y su propia culpabilidad. Cfr. Feijoo Sánchez, B., “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, en Bajo Fernández, M., *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012, p. 71. También Gómez-Jara Díez, C., quien destaca la necesidad de establecer equivalentes funcionales entre la teoría del delito de las personas físicas y la de las personas jurídicas. Cfr. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 119 y ss. Sin embargo, y fundamentalmente de cara al injusto, aún la legislación penal española no permite justificar plenamente este punto de vista.

²⁵ Bajo Fernández rechaza el criterio de la atribución, considerando que las personas jurídicas realizan de manera efectiva hechos típicos, que le son propios. Considera este autor que se requiere de la persona jurídica “la prueba de haber cometido un hecho injusto propio, lesivo de bienes jurídicos, objetiva y subjetivamente imputable y una culpabilidad propia”. Cfr. “Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español”, en Bajo Fernández, M., *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012, pp. 21, 32 y ss. En la misma línea Gómez-Jara Díez, C., *Fundamentos de la responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 109 y ss.

²⁶ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *RPM* 5, 2014, p. 21.

²⁷ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 16. La interpretación del art. 31 bis CP sigue siendo muy polémica, porque un sector doctrinal y la propia Fiscalía General del Estado siguen viendo un sistema exclusivamente vicarial. La Fiscalía fundamenta esta posición en que el art. 31 bis CP “no dice que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas «serán penalmente responsables de los delitos cometidos» por personas físicas”. En definitiva, defienden que la persona jurídica “propia mente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros”. Éste y otros argumentos puramente formales no tienen en cuenta suficientemente que el legislador ha estructurado la culpabilidad de la empresa en un defecto de organización y en la exigencia del debido control que puede dar lugar, a partir de la reforma operada por la LO 1/2015, incluso a la exoneración total de responsabilidad penal de la persona jurídica. Y que afirmar la responsabilidad penal por un hecho ajeno contradice, ni más ni menos, los principios constitucionales.

²⁸ Cfr. Silva Sánchez, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa...*, *op. cit.*, p. 287.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica. Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31, bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física [...] a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismo de control, lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.

Sin embargo, no podemos desconocer que el tema no es para nada pacífico, porque el voto particular de un numeroso grupo de Magistrados de la Sala —que quedaron en minoría por el estrechísimo margen de siete votos contra ocho— plantearon el punto de vista opuesto afirmando que no estamos ante un elemento del tipo. Este importantísimo debate sólo acaba de comenzar.

Dice el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016:

Sin abundar ahora en planteamientos doctrinales, y desde una perspectiva exclusivamente jurisdiccional, no cuestionamos que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno, como el fundamento último de la sanción penal del homicidio se encuentra en el respeto a la vida. Pero no compartimos que esta ausencia se pueda calificar, en la específica regulación vigente, como “*el núcleo de la tipicidad*” o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art 31 bis 1º CP 2015, según se considera en la sentencia mayoritaria

al analizar la naturaleza de la eximente prevenida en el párrafo segundo del citado precepto.

Desde el punto de vista de la fundamentación de la intervención penal, considero que el defecto de organización de la persona jurídica incide claramente en el tipo penal (por medio de la teoría del riesgo) y en la culpabilidad, vertebrando así esta nueva forma de responsabilidad penal.

3.3. Los criterios de imputación del hecho delictivo a la persona jurídica

Debe constatarse un hecho delictivo cometido por un *miembro, representante o persona autorizada* dentro de la empresa, esto es, por una persona física que ostenta determinados cargos o funciones. Sobre estos sujetos pesa un auténtico *deber de garante*, que implica un considerable número de obligaciones para prevenir riesgos, que tienden en definitiva a evitar la comisión de hechos delictivos, ya que su conducta no debe afectar internamente a la propia empresa ni externamente a los intereses de terceros (personas físicas, jurídicas, el propio Estado, etcétera).

Se establecen dos criterios de imputación de hechos cometidos por personas físicas a la persona jurídica, diferenciando si han actuado directamente un representante legal, administrador, cargos y mandos intermedios (letra A) o subordinados (letra B).

A. Representantes legales, administradores, cargos y mandos intermedios

Para hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito penal tributario debe haberse cometido un hecho típico *doloso*²⁹ “por sus representantes legales o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y ostentan facultades de organización y control dentro de la misma” (art. 31 bis 1.a CP). Esta descripción comprende a los representantes legales y a los administradores de hecho y de Derecho, aunque los importantes debates doctrina-

²⁹ En pura teoría, podría admitirse la responsabilidad penal de las personas jurídicas por actuación culposa directa de los administradores. Sin embargo, los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social no contemplan en el Código Penal responsabilidades culposas y, por lo tanto, es un debate ajeno a esta investigación, aunque puede resultar de gran interés en otros espacios delictivos, como los delitos de blanqueo de dinero y financiación del terrorismo en los que caben responsabilidades a título de culpa.

les acerca de la caracterización de los administradores de hecho ha obligado a incorporar esta nueva fórmula más amplia y no menos alejada de la imprecisión y del debate.³⁰

En primer término se hace mención a los representantes legales, incorporados expresamente con la LO 1/2015, concepto que comprende a los administradores de sociedades de capital y a los que asumen voluntariamente esa representación con base en poderes otorgados cumpliendo los requisitos legales. En segundo término el Código hace referencia a aquellos que “actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”. Dentro de esta categoría se encuentran sin duda los administradores de Derecho, sujetos nombrados a tal efecto cumpliendo los requisitos legales.³¹ Y también los administradores de hecho, es decir, a quienes fácticamente ejercen funciones directivas dentro de la empresa, que tiene capacidad para tomar decisiones en la gestión de la sociedad sin estar sujetos a la aprobación de otras instancias superiores dentro de la empresa. Pero la LO 1/2015 ha ampliado el número de sujetos a quienes ostentan facultades de organización y control. En principio quedan incluidos todos los miembros de la empresa que posean dichas facultades, lo que extiende considerablemente el número de sujetos comprendidos, alcanzando incluso al *compliance officer*.³² Quedan comprendidos, en síntesis, los representantes legales, los administradores de hecho y de Derecho y todos los que ostentan facultades de organización y control dentro de la persona jurídica, sin que se haya exigido algo básico para responsabilizar penalmente a estos sujetos: que posean poder de mando o capacidad de

dirigir la empresa.³³ Esta definición puede llevar a una ampliación exagerada de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La representación legal y la administración de Derecho conforman las hipótesis más frecuentes, casi exclusivas, en materia de Derecho penal tributario. Salvo puntuales excepciones (v.gr. obtención fraudulenta o disfrute indebido de subvenciones del art. 308 CP, o fraude de prestaciones de la Seguridad Social del art. 307 ter CP, que son considerados delitos comunes por buena parte de la doctrina),³⁴ esta materia se ha construido sobre la base de delitos especiales propios *de naturaleza mixta* (o delitos especiales propios de infracción de deber con elementos de dominio) y por lo tanto sólo podrá ser autor la persona cualificada, aquella sobre la que pesa el deber tributario.³⁵ En estos casos el deber pesa directamente sobre la persona jurídica, e indirectamente, pero con relevancia penal, sobre aquellos que actúan en su nombre (art. 31 CP). En consecuencia, las actuaciones de subordinados no cualificados —*extraneus*, que no actúan como representantes legales o administradores de derecho— (hipótesis del art. 31 bis 1.b CP) quedarán fuera de la responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas.³⁶

En síntesis, la imputación se basará en hechos cometidos por aquellos que dirigen la persona jurídica, que poseen facultades de organización y control. Normalmente se tratará de personas físicas, pero nada obsta que las tareas de administración de una persona jurídica estén a cargo de otra persona jurídica administradora, con representación legal. En ese caso el hecho se realizará por la persona física que obre en nombre de la persona jurídica administradora y, por lo tanto, pueda existir doble responsabilidad penal: por una parte responde la persona física que actúa en

³⁰ Pues no resulta comprensible, como apunta González Cussac, que si el concepto de administrador de hecho resulta conflictivo se haya ensayado una nueva fórmula en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y dicho concepto se siga manteniendo sin modificaciones en un buen número de artículos del propio Código Penal. Cfr. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit., pp. 164 y ss.

³¹ Debemos tener en cuenta que la administración de Derecho la pueden llevar a cabo personas jurídicas. Sin embargo, dicha persona jurídica debe actuar por medio de personas físicas que podrán ser penalmente responsabilizadas, en su caso, mediante la fórmula del actuar por otro (art. 31 CP).

³² Como incluso pone de manifiesto la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, p. 16.

³³ Cfr. ampliamente González Cussac, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit., pp. 166 y ss.

³⁴ La naturaleza común o especial de muchas de estas figuras es objeto de vivos debates doctrinales. Sobre el fraude de subvenciones puede verse Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal económico. Parte Especial*, op. cit., pp. 722 y 745. Sobre el fraude de prestaciones a la Seguridad Social, cfr. Bustos Rubio, M. “El delito de fraude en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Madrid, 2015, pp. 171 y ss.

³⁵ Cfr. Silva Sánchez, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, op. cit., p. 40.

³⁶ Cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, op. cit., p. 593.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

nombre de la persona jurídica administradora (actuar en lugar de otro: art. 31 CP). Por otra parte responde el deudor tributario, la persona jurídica administrada.³⁷ Pero no deberíamos dejar de plantear la posibilidad de apreciar un supuesto de coautoría entre la persona jurídica administradora y la administrada, lo que nos llevaría a una triple responsabilidad penal si sumamos la que corresponde a la persona física que actúa.

A. Sujetos sometidos a la autoridad de representantes legales o administradores

Se trata de la actuación dolosa de los subordinados, originada en el fracaso del *deber de vigilancia y control* que debía ejercitarse sobre ellos, provocado por la negligencia de los representantes legales o administradores. En este segundo supuesto puede apreciarse responsabilidad de la persona jurídica porque las personas mencionadas en el art. 31 bis, I.a, CP no han cumplido con sus deberes de supervisión, vigilancia y control de los sometidos a su autoridad, que son los que efectivamente han realizado el hecho. En definitiva, quedan comprendidos “quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar el hecho por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretar circunstancias del caso” (art. 31 bis, I.b, CP).

El *deber de vigilancia y control* no supone un concepto unívoco para todo el sistema penal, sino que su contenido debe perfilarse conforme al área de actividad concreta en la que se desarrolla cada delito o grupo de delitos. No son iguales los deberes que pesan sobre una empresa grande o pequeña, ni son iguales los que surgen cuando las actividades empresariales ponen en peligro el medio ambiente o se puede lesionar la Hacienda Pública o la Seguridad Social. En esta línea de pensamiento, Feijoo Sánchez recuerda las diferencias que se advierten cuando existe una re-

gulación extrapenal que establece deberes específicos de prevención, como ocurre en el delito de blanqueo de capitales (referentes regulatorios extrapenales).³⁸

Estos supuestos podrán darse excepcionalmente en Derecho penal tributario, concretamente cuando se trata de delitos comunes como puede ser alguna modalidad de fraude de subvenciones o de prestaciones de la Seguridad Social cometidos en el seno de la persona jurídica por los subordinados sobre quienes no se ha ejercido el debido control, lo que exige del superior una serie de controles y deberes (p. ejemplo, control del comportamiento del subordinado, su selección, etc.). En caso de que la elección recaiga en sujetos idóneos para realizar las tareas correspondientes prevalecerá el principio de confianza. Si tal idoneidad no es plena, cobra mayor significación el deber de vigilancia.³⁹

El precepto establece como pauta valorativa que el subordinado debe haber podido realizar el hecho por haberse *incumplido gravemente* los deberes de supervisión, vigilancia y control, lo que supone una conducta negligente por parte del supervisor, y la constatación de que decaerá la responsabilidad penal de la persona jurídica si se comprueba en el superior el cumplimiento de los deberes que le incumben. Al requerirse *gravedad* quedan fuera del ámbito penal los incumplimientos leves que podrán ser sancionados —en su caso— en sede administrativa.

En cuanto a las personas subordinadas, considero que es imprescindible un nexo laboral, contractual o mercantil para poder considerar a un sujeto como “sometido a la autoridad” del representante legal o administrador de una persona jurídica, aunque existen partidarios de considerar suficiente que quien actúe se encuentre dentro del “perímetro del dominio social”.⁴⁰

3.4. Vínculos de conexión

El sujeto en cuestión debe obrar en nombre o por cuenta de la empresa, no a título propio (art. 31 bis

³⁷ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 19; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General*, *op. cit.*, p. 590; Bacigalupo Saggese, S., *El modelo de imputación...*, *op. cit.*, p. 83.

³⁸ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Presupuestos para la conducta típica...*, *op. cit.*, p. 105.

³⁹ Cfr. Silva Sánchez, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, *op. cit.*, pp. 163 y ss. y 258.

⁴⁰ Así, considera innecesario este tipo de nexo laboral, contractual o mercantil. Palma Herrera, J.M., *El papel de los compliance...*, *op. cit.*, p. 202. La Fiscalía General del Estado también sigue ese criterio, afirmando sin mayor justificación que “no es necesario que se establezca una vinculación formal con la empresa a través de un contrato laboral o mercantil, quedando incluidos autónomos o trabajadores subcontratados, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social”. Cfr. Circular 1/2016, pp. 24 y ss.

CP). Este requisito implica que el que actúa debe hacerlo dentro del *marco propio de actividades sociales* de la empresa. Excluye todo hecho delictivo en el que esté implicado un directivo o trabajador a título particular. Debe haber un vínculo de conexión, una relación entre el ilícito cometido por el miembro o representante y las actividades propias de la entidad. Los también conocidos como “hechos de conexión” se basan en las dos modalidades consagradas en el art. 31 bis 1 CP. Así, teniendo además en cuenta que en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social no existen modalidades culposas, puede darse:

- Conexión por hechos dolosos cometidos por representantes legales o administradores, obrando en nombre o por cuenta de la persona jurídica (art. 31 bis 1.a CP). Se trata de actuaciones que se desarrollan en el marco propio de la actividad empresarial, por los órganos de administración o representación. Será el supuesto más frecuente, ya que los principales delitos que integran el Derecho penal tributario (defraudación tributaria, defraudación a la Seguridad Social) son delitos especiales, y tratándose de personas jurídicas se debe recurrir a la fórmula del actuar por otro (art. 31 CP). Así, la autoría quedará limitada a los representantes legales y administradores, y no a los sujetos con un papel subordinado dentro de la propia empresa.

- Conexión por incumplimiento *grave* de los deberes de supervisión, vigilancia y control, en hechos dolosos cometidos por subordinados (art. 31 bis 1.b CP). Se trata de un especial supuesto de comisión por omisión imprudente del superior respecto de un hecho doloso del subordinado.⁴¹ La doctrina destaca la necesaria gravedad de este incumplimiento de los deberes de control.⁴² No existe para la persona jurídica una responsabilidad penal automática por los hechos cometidos por los subordinados. Por otra parte, no se requiere inmediatez en el grado de subordinación, ya que puede ser un sujeto ubicado en cualquier rango

jerárquico inferior, siempre que se compruebe el grave incumplimiento de los deberes que recaen en el superior.⁴³ Como hemos dicho, éste es un supuesto excepcional en el ámbito penal tributario.

La existencia de estos vínculos de conexión es fundamental para afirmar una responsabilidad penal de la persona jurídica alejada de la idea de responsabilidad objetiva. Pues si, como establece la regulación legal, no se requiere en todo caso la responsabilidad penal de la persona física, al menos debe existir un nexo real con un delito cometido por una persona física para que la imputación de responsabilidades no caiga en el vacío y se convierta en pura arbitrariedad. En otras palabras, no se puede prescindir por completo del “factor humano”.⁴⁴

3.5. Comisión de un delito

Debe haberse cometido un delito (art. 31 ter 1 CP), en nuestro caso doloso y encuadrable en el marco del Derecho penal tributario (arts. 305 a 310 CP). Quien cometa el delito debe ser persona que “ostenta los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior”. En ningún caso será el obligado tributario directo —la persona jurídica— sino su representante, porque tratándose de delitos especiales deberá recurrirse a la fórmula del actuar por otro prevista en el art. 31 CP.

Al hablarse de delito, se hace referencia a un injusto penal, es decir, a una acción típica y antijurídica —que puede ser o no culpable— cometida en su nombre o por su cuenta por una persona comprendida en los términos expuestos en el art. 31 bis CP.⁴⁵ Dicho delito debe quedar acreditado en el juicio correspondiente, por medio de las vías probatorias oportunas.

Considero que en caso de que exista una *causa de justificación* invocable por aquel que actúa en nombre de la persona jurídica (art. 31 CP) tampoco habrá responsabilidad penal para la persona jurídica. En este supuesto, aquel que actúa no realiza un compor-

⁴¹ Cfr. Feijoo Sánchez, B., “Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en Bajo Fernández, M., *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012, p. 92. Cfr. también Silva Sánchez, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa...*, *op. cit.*, p. 258.

⁴² Cfr. González Cussac, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, *op. cit.*, pp. 177 y ss.

⁴³ Cfr. Silva Sánchez, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa...*, *op. cit.*, p. 259.

⁴⁴ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Las características básicas...*, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁵ Cfr. De la Mata Barranco, N., y Hernández, L., “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013, p. 237. Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Las características básicas...*, *op. cit.*, p. 87.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

tamiento penalmente relevante, por lo que se rompe el nexo o conexión.⁴⁶ El art. 31 ter 1 CP exige claramente “que se constate la comisión de un delito”, lo que apunta a una responsabilidad asentada en el principio de accesoriadad limitada (es decir, un hecho típico y antijurídico). Distinta es la situación si se dan las circunstancias de falta de culpabilidad del que actúa en nombre de una persona jurídica, lo que resulta irrelevante porque la responsabilidad penal de la persona jurídica subsiste plenamente, basándose en el ya mencionado principio de accesoriadad limitada.

Cuestión distinta es comprobar los elementos del delito en los supuestos de ausencia de responsabilidad de la persona física previstos en la ley respecto de quienes cometen materialmente el delito (persona física no individualizada, persona contra la que no puede dirigirse el procedimiento, fallecimiento, sustracción a la acción de la justicia) aunque se mantiene la responsabilidad penal del ente jurídico. En algún caso será difícil o imposible constatar si se ha obrado con dolo, o si existen causas de justificación que hayan incidido en sus comportamientos. Deberá recurrirse en estos casos a criterios indiciarios.⁴⁷

3.6. Responsabilidad acumulativa y directa

La responsabilidad penal así construida es *acumulativa y directa*.⁴⁸ Responde penalmente quien actúa por la persona jurídica y la propia persona jurídica, pues las sanciones no se excluyen entre sí (cabén ambas simultáneamente) pero puede aplicarse una con independencia de la otra, por múltiples motivos (tanto para la persona física que actúa como para la persona jurídica).

- Puede existir responsabilidad penal de la persona física y no de la persona jurídica cuando, por ej., no puedan comprobarse los vínculos de conexión o inclusive, según los criterios trazados por la corriente mayoritaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, si la acusación no ha podido acreditar suficientemente el defecto de organización que ha llevado al delito.

- Puede existir responsabilidad penal de la persona jurídica y no de la persona física “cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella” (art. 31 ter 1 CP) o las personas “hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia” (art. 31 ter 2 CP).

En todo caso debe quedar claro que la culpabilidad de la persona física y la jurídica es independiente e intransmisible: nunca se responde penalmente por un hecho ajeno.⁴⁹ En cualquier caso, todos responden por el mismo delito (unidad del título de imputación).

3.7. Beneficio directo o indirecto

Tiene que perseguir *beneficios o ventajas* para la empresa. El Código Penal exige un “beneficio directo o indirecto” (art. 31 bis 1 CP). Si las ventajas del delito fueran exclusivamente para el directivo o trabajador que interviene, quedará excluida la responsabilidad de la sociedad.

En la regulación anterior se hablaba de actuaciones en “provecho” de la empresa, concepto que fue cuestionado por su falta de claridad, ya que se desconocía si el provecho debía ser necesariamente económico o de cualquier naturaleza, o si se incluía el provecho indirecto o competitivo, incluso la reducción de costes.⁵⁰ La nueva redacción comprende beneficios de cualquier tipo, no necesariamente económicos, ya que pueden ser meramente estratégicos o competitivos.⁵¹ Sin embargo, en el ámbito penal tributario prevalecen los beneficios obtenidos en sus aspectos puramente económicos: una ganancia patrimonial o el simple ahorro de las cantidades adeudadas a la Hacienda Pública.

3.8. La problemática de la culpabilidad de la persona jurídica

Es un requisito esencial para la imposición de una pena la constatación de la culpabilidad. El principio

⁴⁶ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Las características básicas...*, op. cit., p. 88.

⁴⁷ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal...”, op. cit., p. 24.

⁴⁸ Cfr. Silva Sánchez, J.M., *Fundamentos de Derecho penal de empresa...*, op. cit., p. 262.

⁴⁹ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Las características básicas...*, op. cit., p. 66.

⁵⁰ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal...”, op. cit., p. 20.

⁵¹ Como destaca González Cussac, esta nueva redacción permite ajustar el ámbito de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los requerimientos europeos. Cfr. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit., p. 179.

de culpabilidad genera importantes debates doctrinales en la medida en que muchos penalistas no aprecian capacidad de culpabilidad en la persona jurídica a la que se sanciona penalmente. Esto es así porque construyen la culpabilidad desde un punto de vista antropocéntrico, basándola en la existencia de alternativas de acción para el sujeto, cuando en realidad es un problema que afecta a la sociedad y a la vigencia de la norma.⁵²

La persona jurídica responde penalmente por una culpabilidad basada en un defecto de organización, según ha defendido acertadamente Tiedemann.⁵³ Y exime su responsabilidad si entre otros requisitos cumple modelos de organización y gestión (art. 31 bis 5 CP). Las tendencias más modernas exigen que la persona jurídica haya desarrollado en su organización interna mecanismos para la prevención de hechos delictivos, por medio de programas de cumplimiento. De todo esto resulta una reducción de los riesgos que genera la actividad empresarial para los diferentes bienes jurídicos y, por lo tanto, son tenidos particularmente en cuenta a la hora de eximir la pena o atenuarla.

Puede constatarse el criterio de la culpabilidad de empresa, en primer lugar, porque la persona jurídica responde con total independencia de la culpabilidad de la persona física. Así, dispone el art. 31 ter CP:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”.

Por su parte, dice el artículo 31 ter 2 CP:

La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la ac-

ción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Al afirmar que existe culpabilidad de la empresa se está diciendo también que la demostración de la existencia previa de mecanismos de organización y control (*compliance programs*), en los términos trazados por el art. 31 bis 2 CP, lleva a la exoneración por *ausencia de culpabilidad*. La culpabilidad de la empresa se construye como una categoría dogmática nueva, que se inserta en el marco de una teoría del delito específica para las personas jurídicas y que por lo tanto no depende de la caracterización de la culpabilidad propia de las personas físicas. Por este motivo sorprenden los pretendidos razonamientos dogmáticos que emplea la Fiscalía General del Estado por medio de la Circular 1/2016, texto que intenta con poco éxito aportar claridad en estas materias. Así, el texto en cuestión considera que al cumplirse los presupuestos legales de los *compliance programs* subsiste la culpabilidad, pero operan *excusas absolutorias* como causas de *exclusión personal* de la punibilidad, y no como supuestos de suspensión de la punibilidad (¿?), lo que ha sido claramente cuestionado por el Tribunal Supremo en la ya mencionada Sentencia 154/2016.

El debate y posicionamiento de la Fiscalía General del Estado están directamente relacionados con *la prueba de la culpabilidad* de la persona jurídica. Al respecto se han ido decantando dos posiciones distintas: por una parte la propia Fiscalía y el sector minoritario del Tribunal Supremo, por la otra la mayoría de los magistrados del Alto Tribunal.

- La primera de estas tesis se basa en una inversión de la carga de la prueba que recae en la necesidad de demostración de no culpabilidad por parte de la persona jurídica acusada. En otros términos, se adopta una posición dogmática afirmando que existe un sistema vicarial para considerar suficiente la prueba de la actuación del directivo de la empresa (letra a) o el incumplimiento del deber de control hacia los subordinados (letra b) sin que se deba probar por parte de la acusación la existencia de programas de organización, gestión y control (*compliance*) ni su eficacia para prevenir delitos, tareas que quedan ex-

⁵² Cfr. Bajo Fernández, M., *Vigencia de la RPPJ...*, op. cit., p. 29.

⁵³ Cfr. Tiedemann, K., “Die Bebüßung von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *NJW* 41, 1988, pp. 1169 y ss.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

clusivamente a cargo de la persona jurídica acusada que intenta invocar las eximentes.⁵⁴ De esta forma se aplicarían a las personas jurídicas los principios generales aplicables a las personas físicas, es decir, que quien alega una eximente debe aportar la prueba de la presencia de sus elementos integradores.

Dice el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016:

Constituye una regla general probatoria, consolidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre, entre otras muchas). Sin perjuicio de todas las matizaciones que puedan hacerse a esta doctrina general, y que estimamos que no corresponde ahora desarrollar, consideramos que no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos. Y, en todo caso, sobre la base de lo alegado y aportado por la empresa, deberá practicarse la prueba necesaria para constatar la concurrencia, o no, de los elementos integradores de las circunstancias de exención de responsabilidad prevenidas en los párrafos segundo o cuarto del art 31 bis, en el bien entendido de que si no se acredita la existencia de estos sistemas de control la consecuencia será la subsistencia de la responsabilidad penal.

• La segunda opción interpretativa se encuentra avalada, por el contrario, por el sector mayoritario que ha integrado el pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la STS 154/2016, que considera que la persona jurídica en ningún caso está obligada

a acreditar la existencia de un modelo de prevención adecuado para no ser considerada culpable.

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016:

Y si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida “cultura de cumplimiento” que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica, no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo. Lo que no concebíamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

En esta última línea se manifiesta la aún más reciente Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo.

Dice la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo en su FJ 5 que:

La imposición de penas a las personas jurídicas [...] exige del fiscal, como representante del *ius puniendi* del Estado, el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física. El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba

⁵⁴ Cfr. Fiscalía General del Estado, Circular 1/2016, *op. cit.*, p. 56.

de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica [...] En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos —pericial, documental, testifical— para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.

Esta discusión que sólo ha comenzado se enmarca en el complejo camino de construir una nueva dogmática para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En todo caso considero que la solución dependerá de manera directa de optar por considerar el defecto de organización como elemento del tipo —que señala el marco del riesgo permitido— y por lo tanto dicho defecto debería ser probado por la acusación, o bien considerando un elemento que sólo afecta a la culpabilidad y por lo tanto la carga de la prueba recaerá sobre quien lo alegue en su defensa.

3.9. Eximentes de responsabilidad

El legislador ha contemplado eximentes de responsabilidad penal para las personas jurídicas, que se fundamentan en la ausencia de culpabilidad. Por lo tanto, el desorden empresarial o defecto de organización se convierte en el fundamento de la culpabilidad previéndose un régimen diferenciado si se trata de actuaciones en las que han intervenido directamente los responsables de la empresa en los términos del art. 31 bis a.1 CP (representantes legales, administradores, cargos y mandos intermedios) o los subordinados conforme a lo dispuesto por el art. 31 bis a.2 CP.

A. Requisitos cuando han intervenido directamente representantes legales, administradores, cargos y mandos intermedios.

Se trata de los delitos cometidos por “representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y ostentan facultades de organización y control de la misma” (art. 31 bis 1, letra a, CP).

A.1. Empresas de mediana y grandes dimensiones

Como ya hemos afirmado, si el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas reside en el desorden empresarial y la falta de debido control, la demostración de la existencia previa de mecanismos de organización y gestión que tiendan a prevenir delitos conducirá a la ausencia de culpabilidad y por lo tanto a la exoneración de la pena (art. 31 bis 2 CP) estableciéndose una serie de condiciones para alcanzar dicho resultado exonerante de responsabilidad.

A.1.1. Modelos de organización y gestión (*compliance programs*)

El primer requisito legalmente establecido para empresas de medianas y grandes dimensiones es la comprobación de que “el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”. Los modelos de organización y gestión son protocolos de autorregulación de las empresas que procuran una mejor gestión empresarial. Se trata de un mecanismo que debe permitir reconocer con seriedad y eficacia el compromiso de la empresa en contra del delito.⁵⁵ El objetivo de estos programas es, como afirma Bajo Fernández, la creación de una *cultura empresarial de fidelidad al Derecho*,⁵⁶ dejando al mismo tiempo indicios claros a los miembros y trabajadores de la persona jurídica para que conozcan cuáles son los comportamientos correctos en su ámbito empresarial de actuación.⁵⁷

⁵⁵ Cfr. De la Mata, N., *La actuación conforme a protocolos...*, op. cit., p. 251.

⁵⁶ Cfr. Bajo Fernández, M., *Vigencia de la RPPJ...*, op. cit., p. 40. En el mismo sentido Gómez-Jara Diez, *La atenuación de la responsabilidad...*, op. cit., p. 205.

⁵⁷ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Presupuestos para la conducta...*, op. cit., p. 106.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Estos programas, dirigidos a definir el comportamiento de la empresa ante posibles riesgos de comisión de un delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, no sólo deben estructurarse sobre el papel, sino que se exige que se hayan “ejecutado con eficacia”, lo que debe ser demostrado en el momento procesal oportuno. En consecuencia, se debe comprobar que las medidas desarrolladas son idóneas para prevenir delitos contra la Hacienda Pública en el seno de la empresa, o que son aptas para reducir de forma significativa las afecciones a los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal tributario. Como ha señalado González Cussac, este segundo criterio es bastante ambiguo y complejo, pues obliga al juzgador a realizar un incierto cálculo de probabilidades sin que se aprecie en realidad un método de verificación seguro y constatable.⁵⁸ En definitiva, son programas que tienden al cumplimiento de la legalidad y si se aprecia una clara disposición de la persona jurídica en consonancia con el marco normativo regulador de la Hacienda Pública y la Seguridad Social, podrá verificarse la primera de las condiciones establecidas.

Son programas que deben desarrollarse por escrito, identificando y gestionando las actividades de riesgo que puedan desarrollarse en la empresa conforme a su tipo de actividad. En este sentido considero que el riesgo de afectar a la Hacienda Pública por medio de infracciones materiales y formales se encuentra implícito en todo tipo de actividad empresarial. También debe identificarse con claridad el órgano encargado de su cumplimiento (*compliance officer*).

Evidentemente, si se llega a la comisión de un delito el *compliance program* no ha funcionado plenamente en el caso concreto. Sin embargo, la exención de responsabilidad penal no exige un resultado que no se ha dado en la realidad, sino una valoración seria del programa, su idoneidad para *prevenir* delitos o para *reducir de forma significativa el riesgo* de su comisión.

A.1.2. Órganos de supervisión y control

Como segundo requisito debe comprobarse que “la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento

del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica”. Esta temática se relaciona muy directamente con las más recientes innovaciones en Derecho penal económico, constatables sin duda en el delito de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo pero seguramente trasladables a los intereses más próximos como es la Hacienda Pública, en las que las iniciativas europeas asumidas por los Estados construyen nuevas formas de responsabilidad penal, en el marco más genérico del control de riesgos. Así, se generan nuevos deberes hacia sujetos especialmente obligados (del mundo financiero, notarial, ejercicio de la abogacía, etc.) sobre quienes pesan funciones que en otras épocas eran de pura competencia policial. En este contexto, con gran influencia del Derecho de origen anglosajón, aparecen nuevas figuras como los delatores (*whistleblower*) o *gatekeepers*, ya generalizados internacionalmente en todo el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁵⁹

El oficial de cumplimiento no es más que un *órgano* de la persona jurídica, normalmente unipersonal (*Chief Compliance officer* o *CCO*) que tiene como tarea vigilar el cumplimiento normativo con carácter general y la observancia del programa en particular, previniendo el delito con la mayor independencia posible. Estas tareas también pueden ser encomendadas a un órgano colectivo (departamento de *compliance* o incluso el propio consejo de administración) o a un servicio externo a la propia empresa. A su cargo se encuentra generar cursos de formación, controlar los comportamientos irregulares, gestionar canales de denuncia interna que protejan al denunciante (*whistleblowing*), etcétera.⁶⁰

Se establecen nuevos marcos de responsabilidad, por medio de sistemas de supervisión y control. Los *gatekeepers* son sujetos a quienes se implica en la tutela de bienes jurídicos mediante la imposición de una serie de deberes, fundamentalmente de abstención: deben denegar su cooperación con el autor del hecho

⁵⁸ Cfr. González Cussac, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit., pp. 184 y s.

⁵⁹ Cfr. Silva Sánchez, J.M., “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en Souto, Miguel Abel, y Sánchez Stewart Nielson (coords.), *IIº Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia 2011, pp. 131 y ss.

⁶⁰ Cfr. De la Mata, N., “La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013, pp. 257 y ss.

delictivo. Pero todas estas cuestiones generan un sinnúmero de dudas. Así, ¿pueden cumplir esas tareas los propios abogados de la empresa?⁶¹

Aún se trata de una temática que produce enormes incógnitas y seguirá dando lugar a debates importantes. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de un conflicto de intereses entre la persona jurídica y sus representantes, si estos últimos intentan derivar sus responsabilidades penales al ente jurídico. ¿Quién defenderá los intereses de la persona jurídica? Podría pensarse en el propio oficial de cumplimiento o incluso que el tribunal designe un *defensor judicial* de la persona jurídica (idea manejada en la STS 154/2016), soluciones que aún requieren mayor apoyo legal y reflexiones dogmáticas y jurisprudenciales.

A.1.3. Elusión fraudulenta del modelo establecido

Para cumplir la siguiente condición debe constatar que “los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención”.

La persona física que actúa debe haber eludido fraudulentamente los programas establecidos, que como hemos visto deben ser adecuados y eficaces para prevenir delitos tributarios y contra la Seguridad Social.

A.1.4. Diligencia debida

Debe comprobarse que “no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2^a”. Esto significa que la inoperatividad o incompetencia del *compliance officer* excluirá la posibilidad de apreciar la eximente.

A.1.5. Acreditación parcial

Se dispone por último que: “En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”. Se trataría, entonces, de una eximente incompleta aplicable a la persona jurídica.

A.2. Empresas de pequeñas dimensiones

El art. 31 bis 3 CP define a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, que son “aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”. Para estas empresas se prevé que “las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración”. La solución debe considerarse correcta, porque las empresas pequeñas no pueden realmente asumir los costes de mecanismos de control y supervisión antes mencionados, que están pensados para empresas de medianas y grandes dimensiones, o podrían hacerlo pero con gran dificultad.⁶²

A. Requisitos cuando han intervenido dolosamente sujetos subordinados

Se trata de quienes, “estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar el hecho por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso” (art. 31 bis 1, letra b, CP). En este supuesto, “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión” (art. 31 bis 4 CP).

Se trata de un mecanismo distinto, con menos requisitos para la exoneración de responsabilidad. Se exige esencialmente que el modelo resulte adecuado para prevenir determinados delitos que en materia penal tributaria se encuentran limitados a unos pocos delitos comunes como el fraude de subvenciones o fraude a las prestaciones de la Seguridad Social.

A. Requisitos legales

Para que los programas cumplan su función preventiva con seriedad y eficacia el Código Penal requiere en el art. 31 bis 5 que se definan las actividades

⁶¹ Cfr. Silva Sánchez, J., *Fundamentos...*, op. cit., p. 35.

⁶² Cfr. González Cussac, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit., p. 189.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

riesgosas que desarrolla la empresa y que pueden ser lesivas para bienes jurídicos (núm. 1), los protocolos que exterioricen la *organización* y la forma de tomar decisiones en la empresa, lo que implica un código de conducta o *compliance program* (núm. 2), la gestión de los recursos financieros necesarios para la prevención (núm. 3) y un mecanismo interno de sanciones disciplinarias en caso de incumplimiento (núm. 5). Todo el mecanismo establecido se somete a verificaciones y controles internos (núms. 4 y 6). Cumplidos todos estos requisitos se afirmará la idoneidad del modelo preventivo adoptado, lo que no supone una valoración acerca de su efectiva implementación y aplicación, tarea que corresponde en exclusiva a los jueces.⁶³

Los medios para prevenir delitos no se circunscriben a potenciar la vigilancia y el control, sino que incorporan un amplio espectro de actividades de información y formación del personal. Como afirma Silva Sánchez, el *compliance* tiene objetivos más ambiciosos que impedir delitos, pues procura evitar otros ilícitos no penales e incluso perseguir finalidades ético-sociales en el propio ámbito empresarial.⁶⁴

A.1. Actividades riesgosas

Los programas de cumplimiento “Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos”. Evidentemente estamos considerando los riesgos de fraude a la Hacienda Pública y la Seguridad Social, lo que supone advertir indicadores de riesgo, procesos de contabilización de ingresos y gastos, supervisión, formación y orientación de los responsables y sus equipos, etcétera.

A.2. Protocolos o procedimientos

En segundo lugar, estos programas “Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos”. Se deben especificar con claridad la composición y proceso de nombramiento de los órganos de administración de la empresa.

A.3. Recursos financieros

En tercer lugar, los programas “Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos”. La dotación económica conforme a las dimensiones de la empresa y a sus actividades concretas debe ser suficiente para prevenir delitos. Debe abarcar, por ejemplo, programas formativos permanentes para el personal, estrategias en los diferentes sectores de riesgo, etcétera.

A.4. Informar al órgano de supervisión

En cuarto lugar, los programas “Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”. Se requiere una comunicación fluida con la Administración, que incluye las vías para denunciar los delitos que pudieran haberse cometido. Tras la denuncia de los hechos, puede solicitarse la exención de pena demostrando así la buena fe de la empresa.

A.5. Régimen disciplinario

En quinto término, los programas “Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo”. Para poder hacer efectivo el modelo, deben establecerse unas pautas de conducta que deben cumplir todos los trabajadores de la empresa, acompañado por un régimen sancionatorio en caso de incumplimiento.

A.6. Verificación

Como último requisito, los programas “Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”. Se trata de crear procedimientos que permitan la revisión permanente del modelo,

⁶³ *Idem*, p. 196.

⁶⁴ Cfr. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa...*, op. cit., p. 193.

sus aciertos y fallos, en unos plazos que deben ponerse de manifiesto de manera expresa.

3.10. Circunstancias atenuantes

En la regulación actualmente vigente podemos destacar la existencia de seis circunstancias atenuantes, únicas y tasadas en la regulación prevista por el Derecho positivo. Por una parte, las previstas en el art. 31 bis 2 y 4 CP, que funcionan como una especie de *eximentes incompletas* en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁶⁵ El párrafo segundo del art. 31 bis 2 CP establece que “En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”. Se trata de delitos cometidos por representantes legales y administradores, cuando no se dan todas las circunstancias exigidas para exonerar de responsabilidad. Si se tratara de delitos cometidos por subordinados, a raíz de la falta de diligencia de sus superiores, sería de similar aplicación el art. 31 bis 4 en cuanto dispone que: “En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo”. Debo destacar que todas estas condiciones deben darse para la atenuación de la pena antes o durante la comisión del hecho delictivo.

En segundo término encontramos que el art. 31 quáter CP incrementa las circunstancias ya mencionadas. Se ha establecido así un *numerus clausus* de atenuantes (“Sólo...”), lo que zanja cualquier teoría que defienda la aplicación a estos supuestos de las circunstancias atenuantes genéricas del art. 21 CP, incluso atenuantes analógicas.⁶⁶ Estas circunstancias atenuantes hacen referencia a comportamientos posdelictivos, ya que deben ser actividades realizadas *con posterioridad* a la comisión del delito, por lo que se fundamentan en la idea de reparación y arrepentimiento activo, persiguiendo por lo tanto finalidades

político-criminales.⁶⁷ Por otra parte, sólo son invocables si las actuaciones anteriormente mencionadas han sido realizadas por los *representantes legales*, lo que ha sido criticado por la doctrina, que no comprende esta limitación a la hora de acreditar elementos favorables para la propia persona jurídica.⁶⁸

Regula la letra a) del art. 31 quáter CP la atenuante de *confesión*: “Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades”. Se premia, así, el favorecimiento de la investigación. La confesión debe practicarla la persona jurídica por medio de sus representantes, y no las personas físicas a título individual, cuyos intereses pueden estar en colisión.⁶⁹ Para determinar si existe conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial contra la persona jurídica habrá que comprobar si ha sido notificado el representante legal de la empresa. Por otra parte, la confesión será válida a estos efectos cuando se realice ante los jueces o autoridades administrativas,⁷⁰ en nuestro caso los inspectores de las agencias tributarias estatal, autonómica, foral o local que corresponda, o de la Seguridad Social siempre que se reconozca *un delito* contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social.

La letra b) del art. 31 quáter CP consagra la atenuante de *colaboración* con las autoridades: “Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”. Se valorará la colaboración de la persona jurídica con las autoridades encargadas de la investigación, siempre que se aporten pruebas *nuevas y decisivas*. La doctrina señala que esta atenuante puede ser muy problemática, en la medida en que beneficia a la persona jurídica por la aportación de pruebas, pero no exige que dichas pruebas sean auto-incriminatorias, sino que pueden afectar a terceros, fundamentalmente a perso-

⁶⁵ Cfr. Morillas Fernández, D.L., “El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014, p. 97.

⁶⁶ Cfr. Gómez-Jara Díez, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 182 y ss. Este autor destaca ampliamente el funcionamiento del comité de gestión de crisis antes y después de la detección del hecho delictivo en el seno de la persona jurídica.

⁶⁷ Cfr. Gómez-Jara Díez, C., “La atenuación de la responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 184.

⁶⁸ Cfr. De la Mata Barranco, N., y Hernández, L., *Los problemas de congruencia...*, *op. cit.*, p. 238.

⁶⁹ Cfr. Morillas Fernández, D.L., *El sistema de atenuación...*, *op. cit.*, p. 99.

⁷⁰ Cfr. Gómez-Jara Díez, C., “La atenuación de la responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 193.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

nas físicas.⁷¹ Por otra parte, y como otro componente negativo, se apunta doctrinalmente que nada obsta para que la fiscalía, una vez conocida la información aportada por la misma persona jurídica indagada, la utilice como base del material probatorio en el mismo proceso seguido contra la persona jurídica.⁷²

La letra c) del mencionado artículo se ocupa de la atenuante de *reparación*: “Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito”.

Por último, la letra d) del art. 31 quáter CP se refiere a adoptar *medidas eficaces* para prevenir y descubrir delitos: “Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”. Se trata de establecer protocolos de prevención de delitos (*compliance programs*) tras la consumación de los hechos. Estos protocolos pueden servir como base para eximir de responsabilidad penal si están operativos antes de la comisión del delito (art. 31 bis 2 CP). Una vez consumada la infracción penal sólo pueden ser valorados como atenuantes. En síntesis, si algo ha fallado en la organización empresarial, se otorga un plazo antes del comienzo del juicio oral para establecer unos protocolos que reorganicen la actividad, evitando la comisión futura de nuevos delitos, sirviendo, en ese caso, como atenuante de la pena a imponer.

3.11. Las penas para las personas jurídicas

El sistema penológico para personas jurídicas estructurado en los arts. 33.7 y 66 bis CP es aplicable en materia penal tributaria en virtud de lo dispuesto en el art. 310 bis CP, que consigna dos penas principales preceptivas (multa e inhabilitaciones específicas) y una serie de penas potestativas, cuya imposición queda a criterio de los Tribunales de justicia.

A. Pena principal preceptiva: multa por cuotas o proporcional:

La sanción prevista como principal, que el Tribunal debe imponer en todo caso, es la pena de multa. Se

prevén distintas cuantías de multa en el art. 310 bis CP, según la entidad de la pena de prisión amenazada para la persona física o el delito cometido:

- Del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene una pena de prisión de más de dos años.
- Del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- De seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310.

Es la pena principal que se prevé de forma preceptiva para una persona jurídica por la comisión del delito. No presenta problemas la determinación de la multa tratándose de multa proporcional (supuestos a y b). En cuanto al delito contable tributario, para este supuesto se prevé el sistema de días-multa, que tratándose de personas jurídicas tendrá una cuantía diaria mínima de 30 euros y máxima de 5 000 euros (art. 50.4 CP).

En relación con la multa, dispone el art. 31 ter 1 CP respecto de las personas físicas y jurídicas que: “Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”.

Esta disposición ha sido analizada críticamente por la doctrina, pues no se comprende el sentido de exigir al Juez o Tribunal una “modulación” de cuantías de las multas, y no hacerlo con el resto de las penas aplicables. Aparentemente se persigue limitar una pena que puede llegar a ser desproporcionada, por lo que la “modulación” deberá entenderse como “moderación” o disminución que evite el *bis in idem* entre las penas de multa, lo que sería exclusivamente de aplicación cuando se trate de una identidad de patrimonio entre ambos sujetos condenados.⁷³

El Código Penal establece en su art. 53.5 la posibilidad de fraccionar el pago de la multa durante un periodo de hasta cinco años si su cuantía pone en peli-

⁷¹ Cfr. Gómez-Jara Díez, C., *op. cit.*, p. 197.

⁷² *Ibidem*, p. 204.

⁷³ Cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General, op. cit.*, p. 594. *Vid.* también Galán Muñoz, A., “La responsa-

gro la supervivencia de la persona jurídica, el mantenimiento de puestos de trabajo o lo aconseje el interés general. El mismo precepto establece que en caso de impago procederá la intervención de la persona jurídica, lo que doctrinalmente no se considera una pena sino una medida de aseguramiento del pago.⁷⁴

A. Penas preceptivas: inhabilitaciones específicas

Establece el apartado 7, letra f), del art. 33 CP como pena genéricamente aplicable a personas jurídicas la “inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales por un plazo que no podrá exceder de quince años”. Este supuesto se concreta en el art. 310 bis de la siguiente forma: “Además de las señaladas, se impondrá a la persona jurídica responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de tres a seis años”.

A. Pena potestativa: prohibición de contratación

Dispone el art. 310 bis CP, en consonancia con el art. 33.7 letra f) CP, una inhabilitación específica, que en este caso es potestativa: “Podrá imponerse la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas”.

A. Pena potestativa: disolución

Dispone el art. 33.7, letra b), CP que “la disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita”. Es una pena muy grave, incluso más que la multa, puesto que supone finalizar las actividades de forma definitiva. Se decide su aplicación facultativa, dando opción al Tribunal de valorar su conveniencia, pues la disolución puede perjudicar seriamente los intereses de trabajadores y acreedores de la empresa. Esta pena fue analizada por la STS 154/2016 ya que se

trataba de una empresa que daba empleo a más de cien trabajadores y cuya disolución generaba graves consecuencias económicas y sociales.

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2015 que:

De lo que cabe concluir que el hecho de que la estructura y cometido lícito de la persona jurídica fueren utilizados por la persona física integrante de la misma para cometer la infracción de la que es autora no significa obligadamente, así como tampoco la carencia absoluta de medidas de prevención del delito, que la misma deba de disolverse en los términos del art. 33.7 b) CP, sino que se requerirá, cuando menos, motivar adecuadamente el criterio de ponderación entre la relevancia diferente de su actividad legal y el delito cometido en su seno, en busca de una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar culpable como a los intereses de terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad.

A. Pena potestativa: suspensión de actividades

Es otra pena potestativa para personas jurídicas prevista en el art. 33.7 letra c) CP la “suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años”. Se trata de un cese temporal, aunque sus consecuencias prácticas pueden ser tan graves como las de la pena de disolución.

A. Pena potestativa: clausura de locales

Es otra pena potestativa para personas jurídicas prevista en el art. 33.7 letra d) CP la “clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años”.

A. Pena potestativa: prohibición de realizar actividades sociales

Otra pena potestativa para personas jurídicas prevista en el art. 33.7, letra e), CP es la “Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta

bilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hétéro y la autorresponsabilidad”, *RGDP* 2011; Feijoo Sánchez, B., “Las consecuencias jurídicas del delito”, en Bajo Fernández, M., et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012, p. 242.

⁷⁴ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., p. 243.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años”.

A. Pena potestativa: intervención judicial

La última pena potestativa para personas jurídicas prevista en el art. 33.7 CP (letra g) es la “intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”. Añade este precepto que

la intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La intervención judicial es una sanción que ha sido siempre vista con buenos ojos por la doctrina, fundamentalmente porque al mantener la continuidad de la empresa evita que la sanción recaiga también sobre los trabajadores e incluso sobre los accionistas, circunscribiéndose esencialmente en los gestores y directivos.⁷⁵

3.12. Las consecuencias accesorias

El art. 129 CP regula una serie de sanciones de naturaleza híbrida, a medio camino entre lo administrativo

y lo penal aplicables a empresas o entes sin personalidad jurídica (por ej., herencias yacentes, grupos de sociedades, comunidad de propietarios, etc.), que se imponen en el proceso penal y con finalidades preventivas.⁷⁶ Su aplicación es *potestativa* para el Tribunal y debe ser *motivada*. En todo caso, tras la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas prevista a partir de 2010 y ampliamente desarrollada a partir de la LO 1/2015, estas consecuencias accesorias van perdiendo todo su sentido y creemos que serán de aplicación mínima o nula, como lo han sido entre los años 1995 y 2015.⁷⁷

Según el propio precepto, se aplica a entes no encuadrables dentro del concepto de persona jurídica a los que se puede responsabilizar penalmente por la vía del art. 31 bis CP, por lo que se trata de un mecanismo de segundo orden. Los delitos tributarios deben haberse cometido por un autor determinado “en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas” sin personalidad jurídica.

Sin embargo, puede ocurrir que el ente sin personalidad jurídica pertenezca a una persona jurídica (por ejemplo, una Unión Temporal de Empresas [UTE], que carece de personalidad jurídica distinta de sus miembros, pues es una colaboración temporal entre personas jurídicas con un objetivo empresarial común). En este supuesto las consecuencias accesorias recaerán en definitiva en una persona jurídica y son compatibles con las sanciones penales aplicables a la propia persona jurídica, ya que son “consecuencias accesorias a la pena que corresponden al autor del delito” (art. 129.1 CP).

Entran en la categoría aquí analizada los sujetos tributariamente obligados, sin personalidad jurídica, a los que se refiere el art. 35.4 LGT, que establece: “Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan

⁷⁵ Cfr. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte General, op. cit.*, pp. 575 y ss.

⁷⁶ Estas consecuencias accesorias han recibido unánimes críticas por parte de la doctrina, por ser técnicamente muy defectuosas e incluso por su carácter sumamente atrasado. Cfr. al respecto, De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista Penal México*, núm. 5, 2013, pp. 11 y ss.

⁷⁷ Cfr. Feijoo Sánchez, B., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012, pp. 266 y 272. Considera que este artículo debería haber sido suprimido González Tapia, M.I., “Las consecuencias accesorias del art. 129: La nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014, p. 66.

una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición”. Son entes sin personalidad jurídica habilitados para realizar actividades económicas y con reconocimiento tributario. Destaca la doctrina la necesidad de la existencia de una *unidad económica o patrimonio separado* en la aplicación general del art. 129 CP.⁷⁸

A diferencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que exige la constatación de un hecho de conexión antijurídico pero no necesariamente culpable (art. 31 ter CP), cuando se trata de estas consecuencias accesorias se aprecia una diferencia importante. En este caso se requiere que el autor (persona física) que interviene en el marco de una empresa o entidad no encuadrable en el art. 31 bis CP haya realizado una acción típica, antijurídica y *culpable* —en nuestro caso de Derecho penal tributario—, aplicándose el criterio de la *accesoriedad máxima*. Ello es así porque estas consecuencias son “accesorias a la pena que corresponda al autor del delito”,⁷⁹ lo que impide, por ejemplo, su imposición en un proceso independiente si la persona física ha fallecido.⁸⁰

Estas consecuencias accesorias pueden aplicarse en el marco del Derecho penal tributario, en la medida que su aplicación es posible “cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”, lo que justamente habilita el art. 310 bis CP.

Las sanciones aplicables son en esencia las mismas que se pueden imponer a una persona jurídica, aunque no tienen la naturaleza de penas sino de “consecuencias accesorias”. Como elemento diferenciador debemos destacar que no es posible la imposición de multas, y como carecen de personalidad jurídica, en vez de la disolución el Tribunal puede ordenar “la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”. Entre el catálogo de consecuencias accesorias posibles, el Tribunal puede imponer varias conjuntamente.

El espacio de aplicación es más amplio que el sistema de responsabilidad establecido a partir del artículo 31 bis y siguientes CP. Allí se exige que el delito haya sido cometido “en nombre o por cuenta “de las perso-

nas jurídicas” y “en su beneficio directo o indirecto”. En relación con las consecuencias del art. 129 CP los delitos deben haberse cometido “en el seno, con la colaboración, a través o por medio” de los mencionados entes, lo que supone una descripción más extendida que abarca muchos más supuestos, ya que no se exigen beneficios directos o indirectos.

3.13. Medidas cautelares contra personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica

Dispone el art. 33.7, último párrafo, CP en materia de responsabilidad de personas jurídicas que: “La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”. En sentido similar, para los entes a los que pueden aplicarse las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP se establece, en el núm. 3 de dicho artículo, que “La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez instructor, como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el art. 33.7”.

4. Bibliografía

- Bacigalupo Saggese, S., “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013.
- Bajo Fernández, M., “Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español”, en Bajo Fernández, M., et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., y Ferré Olivé, J.C., *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, 1994.
- Bustos Rubio, M., “El delito de fraude en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Delitos de defraudación a la Seguridad*

⁷⁸ Así, González Tapia, M.I., *Las consecuencias accesorias del art. 129...*, op. cit., p. 57.

⁷⁹ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal...”, op. cit., p. 29; Bacigalupo Saggese, S., *El modelo de imputación...*, op. cit., p. 82.

⁸⁰ Cfr. Feijoo Sánchez, B., *El art. 129 como complemento...*, op. cit., p. 272.

El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

- Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Madrid, 2015.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista Penal México*, núm. 5, 2014.
- De la Mata Barranco, N., “La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013.
- _____, y Hernández, L., “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013.
- Del Moral García, A., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013.
- Feijoo Sánchez, B.J., “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, en Bajo Fernández, M., *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012.
- _____, “Las consecuencias jurídicas del delito”, en Bajo Fernández, M., *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012.
- _____, “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012.
- Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, “relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por LO 5/2010”.
- _____, Circular 1/2016 “sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015”.
- Galán Muñoz, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad”, *RGDP*, 2011.
- Gil Nobajas, M.S., “El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código Penal”, *Revista Penal* 31, 2013.
- García Caverro, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999.
- Gómez-Jara Díez, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012.
- Gómez Rivero, M.C, Martínez González, M.I., y Núñez Castaño, E., *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Madrid, 2015.
- González Cussac, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quíntos”, en AA.VV., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (González Cussac, dir.), Valencia, 2015.
- González Rus, J.J., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014.
- González Tapia, M.I., “Las consecuencias accesorias del art. 129: La nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014.
- Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal* (I y II), Zaragoza, 1985.
- Luzón Peña, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 4ª ed., Valencia, 2014.
- _____, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Valencia, 2015.
- Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, 1ª reimpr. de la 10ª ed., Barcelona, 2016.
- Morillas Fernández, D.L., “El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014.
- Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Valencia, 2015.
- Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª ed., Valencia, 2015.
- Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.
- Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 2015.

- Palma Herrera, J.M., “El papel de los *compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Palma Herrera, dir.), Madrid, 2014.
- Pérez Machío, A.I., “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013.
- Silva Sánchez, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005.
- _____, “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en Souto, Miguel Abel, y Sánchez Stewart, Nielson (coords.), *IIº Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, 2011.
- _____, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Madrid, 2013.
- Tiedemann, K., “Die Bebüssung von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *NJW* 41, 1988.
- _____, *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal